

IL PPP: PROSPETTIVE DI SVILUPPO DOPO IL CORRETTIVO

ALESSANDRO GORGONI *

Abstract [It]: Il Partenariato Pubblico-Privato (PPP) è sempre più centrale per le strategie delle Amministrazioni Pubbliche. Per questo il legislatore italiano (D.lgs. 36/2023) ha aggiornato la normativa, con l'intento di estendere le forme di PPP, come le concessioni di servizi e la finanza di progetto, per renderle più attrattive. Tuttavia, tale modello entra oggi in profonda rotta di collisione con il diritto dell'Unione Europea. La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24) ha infatti dichiarato incompatibile il diritto di prelazione del promotore con i principi di libertà di stabilimento e parità di trattamento. Il presente saggio analizza questa faglia sistemica, evidenziando l'inidoneità del recente decreto Correttivo a superare le criticità e tracciando le prospettive future per un nuovo bilanciamento tra il principio del risultato e la necessaria tutela della concorrenza.

Abstract [En]: Public-Private Partnership (PPP) is increasingly central to the strategies of Public Administrations. For this reason, the Italian legislator (Legislative Decree 36/2023) has updated the regulations to expand forms of PPP, such as service concessions and project finance, to make them more attractive. However, this model is now on a collision course with European Union law. The recent jurisprudence of the Court of Justice (judgment of February 5, 2026, case C-810/24) has declared the promoter's right of first refusal incompatible with the principles of freedom of establishment and equal treatment. This essay analyzes this systemic flaw, highlighting the inadequacy of the recent Corrective decree to overcome the critical issues and outlining future prospects for a new balance between the principle of the result and the necessary protection of competition.

Parole chiave: Contratti pubblici, Partenariato Pubblico-Privato, Investimenti pubblici, principio del risultato.

Keywords: Public Procurement, Public-Private Partnership, Public investments, principle of the result.

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il Partenariato Pubblico-Privato: una questione strategica; 3. Il PPP nel Codice dei contratti pubblici; 4. Il ruolo della finanza di progetto; 5. Il ruolo del Correttivo; 6. La tutela del proponente: il diritto di prelazione; 7. Conclusione: tra diffusione e miglioramento.

1. Introduzione

In un contesto nazionale segnato dalla persistente necessità di ammodernare il tessuto infrastrutturale e dai rigidi vincoli di finanza pubblica, il Partenariato Pubblico-Privato (PPP) emerge come uno strumento di straordinaria attualità e potenziale strategico. La spinta decisiva verso la sua valorizzazione proviene dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che non solo lo indica come modello per interventi cruciali, ma ne riconosce il ruolo di leva per mobilitare capitali privati e accelerare lo sviluppo del Paese.

Questo rinnovato interesse trova una consacrazione normativa nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023), che non si limita a una mera riscrittura delle regole, ma opera un autentico cambio di paradigma portando il "principio del risultato" come architrave del sistema. Tuttavia, tale impianto è oggi posto in crisi. Il tentativo del legislatore nazionale di utilizzare il principio del risultato per attrarre l'iniziativa privata si è infatti scontrato frontalmente con la tutela

della concorrenza di stampo europeo. L'istituto pensato per favorire i privati, ovvero il diritto di prelazione nella finanza di progetto, ha subito una bocciatura da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea. Con la sentenza del 5 febbraio 2026 (causa C-810/24), i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto tale incentivo incompatibile con il diritto europeo, poiché distorce la concorrenza e viola il principio della libertà di stabilimento sancito dall'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il presente lavoro si propone di analizzare in profondità questa evoluzione. Partendo dalla constatazione del ruolo cruciale del *public procurement* per l'economia e delle storiche carenze infrastrutturali italiane, si esaminerà come il PPP si configuri quale risposta alle esigenze di investimento. L'analisi si concentrerà poi sulla disciplina introdotta dal nuovo Codice, evidenziandone gli elementi di rottura rispetto al passato, come la centralità del rischio operativo e la valorizzazione del *know-how* privato. Un focus specifico sarà dedicato alla finanza di progetto, illustrata come procedura chiave per la realizzazione di opere complesse, e alle significative innovazioni apportate dal decreto "Correttivo" (d.lgs. n. 209/2024). Lungi dall'aver risolto le criticità, si dimostrerà come il Correttivo abbia rappresentato un palliativo insufficiente a superare il *vulnus* anticoncorrenziale. A conferma di tale mancanza, si darà conto di come nell'ottobre del 2025 la Commissione Europea abbia formalmente riattivato la procedura di infrazione (INFR(2018)2273), inviando all'Italia una terza lettera complementare di costituzione in mora. Un atto che ha colpito direttamente l'attuale Codice e le stesse modifiche del Correttivo, certificando il perdurare del contrasto con il diritto unionale. L'obiettivo conclusivo è restituire un quadro critico e prospettico di uno strumento giuridico ed economico che si trova oggi a un bivio esistenziale, sospeso tra l'urgenza di tutelare l'iniziativa privata e l'obbligo inderogabile di rispettare le dinamiche competitive del mercato unico.

2. Il Partenariato Pubblico-Privato: una questione strategica

Il *public procurement* riveste un ruolo cruciale nel perseguimento dell'interesse pubblico e nella corretta gestione delle risorse finanziarie europee e nazionali. Ogni anno vengono spesi per gli appalti circa 2.000 miliardi di euro, che corrispondono approssimativamente al 14% del prodotto interno lordo (PIL) dei 27 Stati membri dell'UE. Una conferma del ruolo centrale delle commesse pubbliche come motori della crescita economica e dell'occupazione¹.

Nonostante questa dimensione strategica, l'Italia affronta una marcata arretratezza in termini di dotazione infrastrutturale, particolarmente evidente nel Mezzogiorno, che ne danneggia la competitività². Numerosi progetti chiave, quali l'ammodernamento delle reti ferroviarie e stradali, sono sistematicamente rallentati da inefficienze burocratiche, dalla cronica insufficienza di investimenti e da pervasive inefficienze gestionali.

Tale arretratezza strutturale ha trovato un terreno fertile e un'ulteriore esacerbazione durante le crisi degli ultimi decenni. A partire soprattutto dalla crisi economico-finanziaria del 2008³, il combinato

¹ * Dottorando in Regulation, Management and Law of Public Sector Organizations - Università del Salento.

Corte dei Conti Europea, *Appalti pubblici nell'UE Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 - 2021*, Relazione Speciale, 2023.

² Sul tema si rimanda alla riflessione di L. BIANCHI, *PNRR e Mezzogiorno: le potenzialità e il nodo irrisolto della governance locale*, in L. BIANCHI, B. CARAVITA (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 18.

³ La crisi economica del 2008, nota anche come "crisi dei", ha avuto origine nel mercato immobiliare statunitense dei mutui subprime e si è rapidamente estesa a livello globale. Essa è stata causata da una combinazione di fattori, tra cui l'eccessiva diffusione di strumenti finanziari ad alto rischio, la concessione di prestiti a soggetti con bassa solvibilità e la debole regolamentazione del settore finanziario. Le conseguenze sono state gravi: crollo dei mercati, stretta creditizia, aumento della disoccupazione e contrazione dei consumi, evidenziando la vulnerabilità del sistema economico-finanziario internazionale. Per un'analisi di tale crisi, si vedano R. POSNER, *A Failure of capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, 2011, Una interessante critica al neoliberismo. Sul tema si veda anche D. CAVALIERI, *Una riflessione sulle cause e sulle responsabilità della crisi globale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 100 ss.; J.E. STIGLITZ, *Le nuove regole*

disposto tra l'incidenza del debito pubblico italiano, i parametri di convergenza del Trattato di Maastricht (1992) e le successive disposizioni del Patto di stabilità e crescita ha imposto rigidi limiti di bilancio⁴. Ciò ha spinto le istituzioni pubbliche a ricercare e attuare modalità alternative di finanziamento per soddisfare la crescente domanda di servizi da parte della collettività: tentativi che, come già accennato, parrebbero non avere avuto incidenza significativa sull'ammodernamento del Paese.

Questa fase di crisi e la conseguente scarsità di risorse sono state parzialmente mitigate dall'introduzione del PNRR, che ha consentito di invertire la tendenza. Nel 2023, il settore delle commesse pubbliche ha raggiunto un valore di circa 283 miliardi di euro, mostrando una forte ripresa rispetto ai 180 miliardi del 2020⁵, con un balzo in avanti soprattutto tra il 2022 e il 2023. Questo movimento è dipeso in larga parte dagli affidamenti degli appalti finanziati dal Piano per rispettare *milestones* e *targets*⁶. Su questa scia il PPP rappresenta oggi una leva strategica fondamentale per l'immissione di nuovi capitali, fornendo una potenziale via per il superamento dei divari, specie infrastrutturali, esistenti nel Paese⁷. È in questo quadro che il Piano non solo indica il partenariato come modello da seguire per specifici progetti finanziati⁸, ma lo cita anche come strumento per generare un effetto leva e aumentare l'impatto del Piano stesso⁹, sfruttando pienamente il ruolo

dell'economia. *Sconfiggere la disuguaglianza per tornare a crescere*, Milano, 2016 e F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009.

⁴ Si ricorda che tali parametri sono il 3% per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato e il 60% per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato. Sul tema si rimanda a G. DELLA CANANEA, *Il Patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in Riv. dir. fin. sc. fin., n. 1, 2001, p. 559 s. e G. RIVOCCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007, p. 370 s.

⁵ Per un'analisi generale dell'impatto del Coronavirus sulla legislazione emergenziale in materia di contratti pubblici, si v. R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021; P. ROSSI, *Gli appalti pubblici pre e post covid: luci ed ombre del consolidamento del modello derogatorio*, in *Amm. in camm.*, 2020; G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2020, 3, pp. 517 ss.; F. FRACCHIA, *Coronavirus, dignità umana e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 3, pp. 1559 ss.; A. SINISI, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2020, 3, pp. 317 ss.

⁶ Per poter accedere alle risorse del Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF), ogni Stato membro dell'Unione Europea deve sottoporre alla Commissione europea un piano di riforme e progetti d'investimento incentrato su: *milestone* che definiscono le fasi rilevanti di natura amministrativa e procedurale, costituendo traguardi qualitativi da raggiungere tramite una determinata misura del PNRR (riforma e/o investimento). Spesso sono fasi chiave dell'attuazione delle misure (es. legislazione adottata, piena operatività dei sistemi informativi etc.); *target*, che rappresentano risultati attesi dagli interventi, calcolati secondo indicatori misurabili: sono traguardi quantitativi da raggiungere tramite una determinata misura del PNRR (riforma e/o investimento); sono misurati tramite indicatori ben specificati (es. km di ferrovie costruite, metri quadri di superficie oggetto di interventi di efficientamento energetico, numero di studenti che hanno completato la formazione etc.).

⁷ Come sostenuto dalla Banca d'Italia in, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers). I divari infrastrutturali in Italia: una misurazione caso per caso*, 2021, 5, Il ruolo degli investimenti pubblici è fondamentale per «il riequilibrio dei divari territoriali sono alcuni dei pilastri su cui poggia la strategia europea di risposta alla crisi pandemica, che si caratterizza per la messa in campo di nuovi strumenti di sostegno finanziario agli investimenti pubblici (con il programma Next generation EU)».

⁸ Si pensi all'Investimento 1.1 "Infrastrutture digitali" della Missione 1, Componente 1 (M1C1) del PNRR, che ha specificamente previsto la creazione del Polo Strategico Nazionale (PSN) attraverso un'operazione di PPP per la migrazione dei dati e dei servizi critici della Pubblica Amministrazione.

⁹ M. LEONARDI, *Il governo ha una carta segreta sul Pnrr. Si chiama "PPP". È ora di usarla*, Il Foglio, 2 novembre 2023.

anticiclico dei lavori pubblici¹⁰ e l'effetto positivo sulla crescita economica derivante dalla presenza di infrastrutture efficienti nonché dalle attività connesse alla loro realizzazione¹¹.

È in questo contesto che il PPP si afferma come istituto di elezione in un momento in cui la cooperazione tra pubblico e privato costituisce senza dubbio uno dei grandi temi attorno ai quali si snoda buona parte delle principali evoluzioni normative dell'epoca più recente¹². La *public-private partnership* "rappresenta, infatti, non solo l'espressione sintetica ed onnicomprensiva cui ricondurre discipline e istituti tra loro molto diversi; essa si pone, soprattutto, come fattore ideale di convergenza sostanziale per l'elaborazione, prima, e per l'interpretazione, poi, di numerose riforme, di significative politiche pubbliche e di non meno rilevanti ricostruzioni giurisprudenziali [...], integrando così il modo di prediletta realizzazione di una trasversale, e più generale, intenzione sinergica, a sua volta finalizzata a ricomporre in senso organico e flessibile ogni occasione di rapporto tra l'azione dei pubblici poteri e il libero svolgimento degli interessi emergenti nella società"¹³.

L'istituto ha iniziato a diffondersi nei primi anni '90 nel mondo anglosassone e ha avuto il primo riconoscimento europeo nel 2004 con il "Libro Verde" della Commissione Europea¹⁴. Pur non contenendo una definizione puntuale, il Libro ne delineò le caratteristiche più rilevanti emerse dalla prassi: una durata relativamente lunga della collaborazione, la complessità delle modalità di finanziamento, il ruolo chiave dell'operatore privato e una precisa ripartizione dei rischi¹⁵. Successivamente, la Direttiva 2014/23/UE, pur mancando di un riferimento diretto al PPP¹⁶, disciplinò in modo organico le concessioni, una delle sue tipologie più utilizzate.

Come noto, poi, la Direttiva fu recepita in Italia con il d.lgs. n. 50/2016, oggi superato. Il PPP contrattualizzato, era disciplinato dagli artt. 180 e ss, ma l'attuale codice ha dato una struttura finalmente compiuta all'istituto, eletto a schema generale di contratto pubblico, del tutto alternativo all'appalto. Infatti, il libro IV del codice si apre, con la definizione generale del partenariato pubblico-privato, "*operazione economica*" che si sviluppa in un rapporto contrattuale di lungo periodo, nel quale "*la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata*", su cui deve essere allocato il rischio operativo e cui "*spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione*" (art. 174). Definita come una "*fuga in avanti*"¹⁷ del

¹⁰ Cfr. M. FERRARI, A. GIOVANNINI, M. POMPEI, *The Challenge of Infrastructure Financing*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. XXXII, fasc. 3, 2016, pp. 446 ss.

¹¹ F. BALDI, G. DI GIORGIO, F. NUCCI, *Più Stato o più mercato? Un'analisi empirica della struttura finanziaria delle operazioni di project financing*, in *L'industria*, fasc. 4, 2017, p. 460.

¹² Per una trattazione assai articolata si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹³ F. CORTESE, Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato sotto la "lente" del partenariato, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*. Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012, Padova, Cedam, 2013, 8 ss.

¹⁴ Commissione Europea. *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*. COM(2004) 327 definitivo. Bruxelles, 30.4.2004.

¹⁵ Relativamente alla qualificazione dell'operazione come PPP in base alla ripartizione dei rischi, si richiama L. MARTINIELLO, *Profili di contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP ed utilizzazione delle risorse del PNRR*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 284 ss.

¹⁶ A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Amministrativa.it*. Per l'autore "Con una vera e propria fuga in avanti, il legislatore nazionale positivizza la figura del PPP, sconosciuta invece al diritto positivo europeo, ove pure questo rintraccia le proprie origini. Non pare, difatti, superfluo ricordare che la direttiva 2014/23/UE (così come la direttiva 2014/24/UE), di cui anche questo codice ovviamente costituisce attuazione, è dedicata alle concessioni e non fa alcun cenno al PPP".

¹⁷ Così G. VICICONTE, *I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*, in M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2019., 1183.

legislatore nazionale, la codificazione del PPP è invece assente nel diritto europeo¹⁸, dove tuttavia è da tempo oggetto di studio¹⁹.

L'interesse nei confronti del PPP è duplice. Sul piano economico-finanziario, l'operazione si configura come un meccanismo strategico per la realizzazione di infrastrutture e servizi pubblici che, attraendo capitali privati, permette di operare senza incidere nell'immediato sul bilancio statale e di generare un significativo effetto moltiplicatore sugli investimenti aggregati²⁰. Contestualmente, sul piano giuridico, la sua complessa struttura contrattuale impone una rigorosa disamina comparata con il paradigma tradizionale dell'appalto pubblico, confronto essenziale per una valutazione ex ante della convenienza relativa dell'operazione e del suo effettivo *value for money* rispetto alle soluzioni alternative.

Da un punto di vista più generale, questo processo di promozione del dialogo pubblico-privato risiede nella propensione verso politiche che incentivano la collaborazione e la comunicazione tra due sfere, quella pubblica e quella privata, informate a logiche operative distinte ma connotate, nella congiuntura attuale, da una crescente convergenza di obiettivi e da una reciproca utilità; del resto, il principio del coordinamento dell'attività pubblica e privata per il perseguimento di fini sociali, da un punto di vista prettamente teorico, trova già enunciazione nell'art. 41, comma 3, della Costituzione²¹.

¹⁸ Solo per fini contabili; cfr. Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'UE.

¹⁹ Ricordiamo infatti che le direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE si dedicano alle concessioni e non fanno alcun cenno al PPP.

²⁰ Si consideri, infatti, che le operazioni di partenariato pubblico-privato, in presenza di determinate condizioni, potranno essere contabilizzate off-balance, determinando la fuoriuscita della spesa dal bilancio pubblico e l'allocatione nel bilancio del privato. È pertanto evidente il possibile effetto moltiplicatore degli investimenti pubblici: a un ridotto investimento pubblico corrisponde un apprezzabile maggior ritorno in termini di beneficio per la collettività. Cfr., sul punto, la decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 (v. Comunicato stampa STAT/04/18), relativa al trattamento contabile nei conti nazionali dei contratti firmati dalle imprese pubbliche nel quadro di partenariati con imprese private, in cui si prende in esame l'impatto sul deficit, sull'eccedenza pubblica e sul debito pubblico e nella quale si raccomanda che gli attivi legati a un partenariato pubblico-privato vengano classificati come attivi non pubblici e pertanto non registrati nel bilancio delle amministrazioni pubbliche. Affinché ciò sia possibile dovranno comunque realizzarsi due condizioni: a) il partner privato si assume il rischio della costruzione; b) il partner privato si assume almeno uno tra i due rischi di disponibilità o di domanda. Sotto altri aspetti, si consideri, inoltre, che lo strumento partenariale, grazie al continuo confronto con il privato, contribuisce contestualmente all'arricchimento del know-how pubblico (cfr. relazione di accompagnamento al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, p. 358, in cui si legge che "la cooperazione con i privati fa sì che l'amministrazione possa aumentare le risorse a disposizione e acquisire soluzioni innovative"). Inoltre, in termini astratti, il ricorso sistematico al PPP nel lungo termine, dovrebbe comportare una riduzione del carico fiscale dovuta alla flessione dei costi dei servizi con correlato aumento del livello qualitativo degli stessi (basato sull'elevato livello di competitività dei partners).

²¹ Art. 41, c. 3, Cost.: "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". Cfr. G. F. CARTEI, *Il rischio operativo e i suoi confini*, in *Il Diritto dell'Economia*, n. 3, 2024, pp. 681 ss. Anche se l'autore si concentra su un aspetto tecnico e specifico del PPP, il trasferimento del rischio dall'ente pubblico all'operatore privato si fonda sulla legittimità di questa operazione. Il fatto che un privato si assuma un rischio tipicamente pubblico è giustificato proprio perché la sua attività economica, in un quadro di regole chiare (i "programmi" e i "controlli" dell'art. 41), è coordinata per raggiungere un fine sociale. L'allocatione del rischio diventa quindi un modo per dare attuazione al principio costituzionale. Per una visione più ampia sulle implicazioni del dettato costituzionale si veda G. ZAGREBELSKY, "La Costituzione e la sua economia", in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2012, pp. 485 ss. L'autore sottolinea in particolare il ruolo del terzo comma, quello sulla programmazione e i controlli. Lo interpreta come lo strumento attraverso cui la Repubblica può "governare" il mercato, orientandolo verso i fini sociali e impedendo che le forze economiche private diventino un potere incontrollato, contrario ai principi di democrazia e uguaglianza.

Tecnicamente il PPP non si configura come un singolo contratto compiutamente disciplinato, bensì come un fenomeno complesso e articolato che include una varietà di contratti, sia tipici che atipici, volto a instaurare una collaborazione flessibile²² tra settore pubblico e privato²³. Questa cooperazione tra Amministrazioni e operatori economici consente di costruire sinergie organiche e flessibili tra l'azione dei pubblici poteri e interessi privati. Tuttavia, questa operazione risulta complessa e tecnicamente impegnativa, soprattutto per le Amministrazioni più piccole, perché la sua realizzazione richiede un insieme integrato di competenze professionali, legali, tecniche ed economiche di alto livello.

La diffusione di una “cultura del partenariato” diventa, allora, un prerequisito fondamentale per un suo impiego efficace. Tuttavia, come diremo, l'urgenza di colmare questo gap infrastrutturale ha indotto il legislatore a forzare i confini del diritto eurounitario. Il tentativo di rendere attrattivo lo strumento per i capitali privati ha portato a un modello che, nel tentativo di proteggere l'investitore, ha finito per sacrificare la dimensione competitiva, dimenticando che la cultura del partenariato non può mai prescindere dal rispetto della concorrenza nel mercato interno.

3. Il PPP nel Codice dei contratti pubblici

Entrando nel dettaglio del nuovo quadro normativo, il d.lgs. n. 36/2023 attua la delega conferita al Governo dalla legge n. 78/2022, che costituisce una delle riforme target del PNRR²⁴. La *ratio* di questo intervento è stata duplice: da un lato, allineare compiutamente la disciplina nazionale al diritto europeo; dall'altro, razionalizzare e semplificare la disciplina del precedente d.lgs. n. 50/2016, al fine di garantire maggiore efficienza al sistema attraverso procedure più agili e l'uso di modelli standardizzati, come i bandi-tipo.

Coerentemente con la necessità di attrarre capitali privati, uno dei propositi più qualificanti della delega era proprio l'espansione delle diverse forme di partenariato - con particolare attenzione a

²² G. PIPERATA, cit., in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), cit; F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), cit; A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in Id. (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico e privato*, Giappichelli, Torino, 2017; S. Amorosino, *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in Urb. e App., 2017, pp 616 ss.; V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Amministrazioneincammino.it, 20 luglio 2016.

²³ Per una ricostruzione del fenomeno PPP nel nostro ordinamento si vedano E. BRANDOLINI, *Opere pubbliche. Problema economico. La partnership pubblico-privato*, in Contratti Stato e enti pubbl., 2011, 1, pp 33-56; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in Urb. app., 2011, 8, pp 888-898; M. CERUTI, *Il partenariato pubblico-privato nella riforma del Codice dei contratti pubblici: si tratta di vera rivoluzione copernicana o del solito slogan all'italiana?*, in Riv. trim. app., 2017, 3, 575-641; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, 1, pp 167-212; E. Tozzo, *La valutazione della convenienza del ricorso ai rapporti di Ppp e la corretta allocazione dei rischi*, in Riv. trim. app., 2021, 1, pp 449-467. Relativamente alla diffusione dell'istituto, si vedano C. BASSEGGIO, *L'utilizzo del partenariato pubblico-privato per l'erogazione di servizi integrati in ambito sanitario*, in San. pubbl. priv., 2019, 2, pp 5-14; L. DI GIOVANNI, *Progetti di paesaggio e partenariato pubblico-privato nella valorizzazione del patrimonio culturale*, in Riv. giur. urb., 2022, 2, pp 456-510; C. IAIONE, A. COAIANTE, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in Riv. giur. edil., 2022, 6, pp 503-526; A. Iorio, *Il partenariato pubblico privato come modello di finanziamento delle reti di comunicazione a banda larga*, in Riv. amm., 2011, 8-9, pp 559- 579; A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del Pnrr*, in Dir. amm., 2022, 2, PP 441-469; C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in , 2019, 2, pp 43 ss.; M. PIGNATTI, *I modelli di partenariato pubblico-privato nella gestione e valorizzazione dei beni culturali come strumento per la creazione di ecosistemi innovativi e di sviluppo economico e sociale*, in Dpce online, 2022, 1, pp. 91-119.

²⁴ M1C1-70 Riforma 1.10: Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni.

concessioni, *project financing* e locazione finanziaria - con l'obiettivo di renderle più attraenti per gli investitori professionali²⁵.

Come anticipato, per perseguire questo scopo, la normativa del Codice ha introdotto un significativo cambio di prospettiva²⁶ rispetto alla precedente disciplina e l'espressione di questa nuova contrattualistica pubblica si manifesta proprio nella valorizzazione del PPP²⁷, strumento utile per perseguire obiettivi di rilancio dell'economia e degli investimenti soprattutto in periodi di contrazione delle risorse finanziarie ed indebitamento pubblico elevato. Il ruolo importante dei capitali privati rende il partenariato un modello virtuoso di allocazione e gestione delle risorse pubbliche e per questo assistiamo quindi al tentativo di dare allo strumento maggiore spazio nella consapevolezza delle sue potenzialità²⁸.

Per delineare le caratteristiche innovative del PPP rispetto alla disciplina previgente viene in ausilio la Relazione al Codice²⁹ elaborata dal Consiglio di Stato nel 2022. Nel Libro IV (artt. 174-208), le disposizioni generali in materia di partenariato sono ora anteposte alla disciplina delle singole figure contrattuali tipiche, quali la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità³⁰. Questo riordino dimostra la volontà di inquadrare le diverse forme di collaborazione tra pubblico e privato in modo unitario.

La Relazione ribadisce il principio di atipicità e non esclusività delle forme contrattuali partenariali³¹, quindi in virtù della propria capacità generale di diritto privato, le Amministrazioni possono adottare schemi negoziali differenti da quelli espressamente nominati, purché tali schemi

²⁵ Sul coinvolgimento degli investitori istituzionali si veda S. GATTI, *Finanza strutturata e project finance. Un approccio applicativo*, EGEA, Milano, 2021.

²⁶ F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, Relazione al convegno organizzato dall'AIGA, Cagliari, 9-10 giugno 2023, <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-7>.

²⁷ Su questo modello contrattuale la dottrina è piuttosto nutrita. Fra i tanti contributi, senza pretesa alcuna di esaustività, si segnalano: G.F. CARTEI, M. RICCHI, *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; C. Contessa, *PPPC: modello generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, 2019; F. Di CRISTINA, *Il Partenariato pubblico-privato quale «archetipo generale»*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, pp. 482 ss.; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012; G.F. LICATA, *Partenariati e innovazione*, in www.giustamm.it, 1/2017; M. NICOLAI, W. TORTORELLA, *Partenariato Pubblico-privato e Project Finance. Nuove regole giuridiche, finanziarie e contabili*, Rimini, 2019; M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.lgs. 50/2016*, Relazione tenuta il 15 marzo 2016, in occasione del Seminario SVIMEZ su *La nuova legge sugli Appalti. Aperture al diritto della concorrenza e opportunità per il Mezzogiorno*; A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, *Negoziazioni pubbliche*, Giuffrè Editore, Milano 2013, pp. 10-17; M. Cafagno, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO, Milano, 2013; G. VICICONTE, *I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, cit.

²⁸ Cfr. già Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, 29 marzo 2017 n. 775, «Parere sullo schema di linee guida recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato».

²⁹ La Relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici è consultabile al seguente link, https://www.giustiziaamministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000

³⁰ Si consideri solo che nel d.lgs. n. 50/2016, la disciplina generale delle concessioni era contenuta nella Parte III, Contratti di concessione, Titolo I, Principi generali e situazioni specifiche, Capo I, Principi generali.

³¹ Cfr. Relazione del Consiglio di Stato sullo «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici», Nota introduttiva al Libro IV, p.203.

rispettino i contenuti minimi indicati nel Libro IV, con l'intento di ottenere una maggiore flessibilità e adattabilità.

Assume un ruolo centrale la disciplina delle concessioni³², le cui disposizioni trovano applicazione in tutti quei casi in cui manchino norme speciali dettate per specifiche figure partenariali, siano esse tipiche o atipiche. Ciò conferma la concessione come modello archetipico e la base normativa per molteplici forme di PPP.

Infine, il Consiglio di Stato si sofferma su ciò che più contraddistingue il partenariato, chiarendo che questi contratti prevedono un legame contrattuale in cui il partner privato fornisce un servizio alla collettività che avviene in luogo del partner pubblico, ma sempre sotto il suo controllo, evidenziando la persistente responsabilità e vigilanza dell'ente pubblico sulla qualità e l'efficacia del servizio erogato³³. Questa precisazione è cruciale per delineare in modo più netto i confini e le responsabilità all'interno delle operazioni di partenariato.

Il Codice colloca la definizione di PPP direttamente tra le disposizioni generali della Parte I del Libro IV, intitolato "Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni" e questa impostazione, con la definizione dell'articolo 174, vuole dare una maggiore organicità alla disciplina.

In estrema sintesi si ha a che fare con un'operazione economica complessa, fondata su un rapporto contrattuale a lungo termine tra la pubblica amministrazione e uno o più operatori economici, costituita con lo scopo di raggiungere un risultato di interesse pubblico, unendo le forze e le competenze di entrambi i settori.

Una caratteristica fondamentale di questa collaborazione è la struttura finanziaria, essendo la realizzazione del progetto sostenuta in misura significativa da capitali privati, senza aggravii per le finanze pubbliche.

La partnership si regge su una chiara divisione dei ruoli. Infatti, il legislatore riconosce e valorizza il contributo del settore privato non solo per l'apporto finanziario, ma anche per il *know-how* nella progettazione, realizzazione e gestione delle opere o dei servizi.

L'elemento qualificante che accomuna e distingue le operazioni di PPP, concessioni e *project financing* rispetto a un appalto tradizionale è il trasferimento del rischio operativo al partner privato³⁴.

³² Il rinvio alla disciplina delle concessioni per il PPP è di cruciale importanza per risolvere le incertezze interpretative relative alla corretta qualificazione degli istituti e, di conseguenza, alla determinazione della normativa applicabile, in un'ottica di coerenza con il diritto europeo. A tal proposito, è opportuno richiamare quanto già emerso nel Libro Verde della Commissione Europea del 2004 (COM (2004) 327 def.). Sebbene il documento non avesse l'intento di risolvere ogni ambiguità sulla qualificazione giuridica e la normativa applicabile al PPP, esso forniva una distinzione fondamentale tra appalti e concessioni. Nello specifico, il legislatore comunitario definiva "appalto pubblico" qualsiasi contratto stipulato per iscritto, a titolo oneroso, tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico, avente come oggetto l'esecuzione di lavori, la realizzazione di un'opera o la prestazione di un servizio. Il concetto di "concessione", invece, pur presentando le medesime caratteristiche di un appalto pubblico, si distingueva per la controprestazione: questa consisteva unicamente nel diritto di sfruttare l'opera o il servizio, eventualmente accompagnato da un prezzo. Questa distinzione, ribadita e ulteriormente rafforzata dalla scelta di far riferimento alla disciplina delle concessioni per il PPP, sottolinea la logica sottostante: mentre l'appalto prevede una remunerazione diretta per il fornitore, la concessione si basa sul trasferimento del rischio operativo legato allo sfruttamento dell'opera o del servizio al partner privato. Questo elemento, unito alla maggiore flessibilità e alla possibilità di allocare i rischi in modo più efficiente, rende la concessione il modello più adatto a disciplinare le complesse relazioni che caratterizzano i partenariati.

³³ Commentando il comma 5 dell'articolo 175, la Relazione riporta che "l'ente concedente, sentito l'operatore economico, nomina altresì un responsabile unico del progetto di partenariato tra soggetti dotati di idonee competenze tecniche. Il responsabile avrà il compito di coordinare e controllare, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni".

³⁴ Sulla disciplina del rischio operativo nei contratti di concessione, alla luce delle novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda GF. CARTEI, *Il rischio operativo e i suoi confini*, in *Il diritto*

Mentre l'Amministrazione Pubblica definisce gli obiettivi di interesse generale, il privato viene coinvolto attivamente in tutte le fasi del progetto — dalla progettazione al finanziamento, fino alla costruzione e alla gestione — assumendosi la responsabilità del buon esito dell'iniziativa. Tale modello risponde anche alla crescente “*difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività*”³⁵.

La giurisprudenza ha confermato che il trasferimento del rischio è un presupposto essenziale e imprescindibile del contratto di partenariato. In sua assenza, l'accordo è nullo per illiceità della causa, poiché in contrasto con la struttura tipica del *project financing* e con i principi delle concessioni pubbliche³⁶.

Il legislatore, infatti, rinunciando a una classificazione dettagliata, preferendo una definizione ampia e flessibile ha attribuito al partenariato una funzione eminentemente descrittiva, più che prescrittiva. In tal modo, l'istituto è il contenitore di pluralità di modelli contrattuali flessibili, dotati di caratteristiche simili³⁷, quale è la collaborazione funzionale al perseguimento di interessi pubblici.

La fiducia riposta nel PPP si allinea perfettamente con il peso che assume il principio del risultato ben incardinato all'art. 1 del Codice, con la sua funzione ordinante e nomofilattica³⁸. Ebbene tutta l'operazione di partenariato vuole essere un mezzo per raggiungere l'obiettivo di garantire un “risultato di interesse pubblico”. Questo principio rappresenta un elemento importante per l'azione amministrativa nella realizzazione degli investimenti pubblici, tuttavia, non deve scindere il 'risultato' dalla 'concorrenza'. Si è erroneamente ritenuto che l'efficienza amministrativa e la tutela dell'investitore privato dovessero prevalere sulle regole del mercato unico. La giurisprudenza europea ci impone invece di considerare che la tutela della concorrenza non è un ostacolo al risultato³⁹, ma ne costituisce la precondizione indefettibile. Come sottolineato dalla Corte di Giustizia, un meccanismo come la prelazione che scoraggia la partecipazione delle imprese europee non lede solo la libertà di stabilimento, ma tradisce lo stesso principio del risultato, privando l'Amministrazione della possibilità di ottenere la soluzione qualitativamente ed economicamente migliore offerta dal mercato libero.

4. Il ruolo della finanza di progetto

All'interno della “cassetta degli attrezzi” del PPP, l'operazione che forse si dimostra maggiormente interessante è la finanza di progetto. Essa si configura come una tecnica contrattuale e finanziaria mediante la quale il soggetto privato si assume l'onere del finanziamento, totale o parziale, della realizzazione di un'opera pubblica, senza che vi sia una garanzia di recupero dell'investimento. Il ritorno economico per l'operatore economico è subordinato alla capacità dell'opera stessa - o del servizio erogato attraverso di essa - di generare flussi di cassa sufficienti a coprire i costi sostenuti e a remunerare il capitale investito.

La definizione originaria e più corretta dell'istituto appartiene alla dottrina anglosassone e nonostante sia ormai risalente, ha conservato la sua pertinenza e attualità. La finanza di progetto (*project financing*) si configura infatti come “un'operazione di finanziamento di una particolare unità

dell'economia, n. 114 (fascicolo 2 del 2024), pp. 189-217.

³⁵ Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1.

³⁶ Tar Liguria, sez. I, 3 gennaio 2023, n. 8; Tar Lazio, Sez. II, 1° ottobre 2024, n. 17010; sull'allocatione del rischio nel PPP, si rimanda a M. TRANQUILLI, *Digitalizzazione, tecnologie e gestione del rischio nel PPP*, in R. COHEN - M. LOMBARDO - M. PERCOCO - M. TRANQUILLI (a cura di), *Il Partenariato Pubblico-Privato: Nuovi Orizzonti*, Parma, 2025, pp. 70 ss.

³⁷ C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, V, Concessioni di lavori e servizi partenariati precontenzioso e contenzioso, diretto da M.A. SANDULLI- R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, p. 207.

³⁸ Si veda M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi*, 2023, cit., p. 230.

³⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision SpA c. Comune di Milano*.

economica, nella quale un finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa (*cash flow*) e sugli utili dell'unità economica in oggetto, come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito"⁴⁰.

Alla base c'è quindi la redditività, ossia la capacità dell'opera o del servizio di generare un *cash flow* tale da garantire l'autofinanziamento dell'intervento e la remunerazione del capitale investito. Un indiscutibile vantaggio dell'operazione rispetto all'appalto sta nella possibilità per l'Amministrazione di contabilizzare il progetto fuori bilancio (*off balance*) e, quindi, di non gravare sul debito pubblico, sfruttando risorse private⁴¹.

In questi partenariati la costituzione di una società di scopo è un elemento normativamente obbligatorio, come sancito dall'art. 194 del Codice. Tale entità giuridica, che può assumere la forma di società per azioni o a responsabilità limitata (anche consortile), riveste una funzione cruciale, ossia isolare patrimonialmente il progetto rispetto ai suoi promotori. Questa separazione garantisce una gestione autonoma dell'intervento, perché la società di scopo subentra nel rapporto concessorio e assume in proprio tutte le relazioni con l'ente concedente. La società garantisce inoltre, anche tramite strumenti fideiussori, la restituzione di eventuali anticipazioni pubbliche.

Si osserva una significativa divergenza della normativa attuale rispetto al d.lgs. n. 50/2016, il quale dettagliava esaustivamente i possibili rischi assegnabili alle parti (cfr. art. 3, d.lgs. 50/2016). Il dettato odierno è più snello, definendo i principi generali e demandando la specificazione dei dettagli a strumenti amministrativi generali come bandi-tipo, capitolati-tipo e contratti-tipo predisposti dall'ANAC (in particolare l'art. 222 per il PPP e l'art. 197 per il contratto di disponibilità), o alla prassi amministrativa che ha sviluppato, ad esempio, la matrice dei rischi.⁴²

Proprio riguardo i rischi e la loro corretta allocazione, è fondamentale il piano economico finanziario (PEF), strumento diretto a verificare la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire la prestazione per un certo tempo in equilibrio economico-finanziario, «intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria»⁴³. L'equilibrio economico-finanziario è possibile (art. 177, comma 5) «quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio». La criticità operativa si riscontra proprio quando l'allocazione dei rischi non viene rispettata in fase di esecuzione del contratto, riqualificando l'intera operazione come *on balance*⁴⁴.

Quanto detto chiarisce come il PPP possieda un notevole potenziale come tecnica di finanziamento, specie declinato come finanza di progetto⁴⁵. Il Codice non ritiene più questa figura una tipologia contrattuale (superando il limite del vecchio art. 180, comma 8), ma una procedura complessa e

⁴⁰ K.P. NEVITT, *Project Financing*, trad. it. a cura di P. DE SURY, Roma, 1988, p. 3.

⁴¹ Cfr., Cons. St., sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809, per cui «Non basta, allora, che le clausole contrattuali in cui si traduce l'operazione economica consegnata dall'amministrazione comportino il trasferimento del rischio economico al gestore del servizio (nel caso di specie, il rischio di disponibilità), di modo che egli non abbia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi, ma è necessario pure che siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l'operatore economico è chiamato ad assumere».

⁴² Cfr. Linee guida ANAC n. 9, al seguente link, <https://www.anticorruzione.it/-/delibera-numero-318-del-28-marzo-2018>

⁴³ Si vedano Cons. St., sez. IV, 23 febbraio 2023, n. 1867; *Id.*, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042.

⁴⁴ Corte dei conti, delibera n. 15/SEZAUT/2017/QMIG del 13-23 giugno 2017, la delibera definisce l'effettiva allocazione dei rischi, riportando il principio stabilito anche Eurostat. «Ciò è possibile solo quando ci sia un sostanziale trasferimento dei rischi dell'operazione in capo al contraente privato, e cioè quando quest'ultimo si assuma il rischio della costruzione e almeno uno tra il rischio di disponibilità e il rischio di domanda».

⁴⁵ Su cui cfr. C. MALINCONICO, *Finanza di progetto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, cit.; B. RAGANELLI, *La finanza di progetto*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, pp 1335 e ss., cit.

articolata. Nella relazione di accompagnamento (p.203), viene infatti precisato che non si ha più a che fare con «due tipi contrattuali diversi, come nell'impianto codicistico del 2016. È il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato, sia in *corporate financing*, sia in *project financing*».

La procedura ha inizio con la scelta del *promoter*, in una fase che non vede la proposizione di «un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto [di] uno strumento tramite il quale l'Amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare»⁴⁶. Questa base collaborativa sarebbe proprio la problematica dell'istituto. Se è vero che l'Amministrazione necessita dell'iniziativa privata per definire i propri fabbisogni complessi, tramutare questa fase genetica in una riserva di vantaggio per la successiva procedura di gara altera la concorrenza. La problematica starebbe nel confondere la collaborazione progettuale a monte con la concessione di un privilegio economico a valle (la prelazione), esponendo l'istituto alle censure della giurisprudenza europea e della Commissione.

5. Il ruolo del Correttivo

Come evidenziato dalla Relazione illustrativa al decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209⁴⁷ (c.d. Correttivo al Codice), la finanza di progetto si sta via via affermando come una “terza via” tra il finanziamento pubblico integrale e il ricorso esclusivo al mercato, consentendo l'attivazione di forme di cofinanziamento pubblico-privato fondate sulla collaborazione e sulla condivisione del rischio.

Oltre l'intervento più “superficiale” al comma 3 dell'art. 174, con cui si è precisato che il PPP di tipo contrattuale comprende anche la concessione nelle sue diverse articolazioni, inclusa la finanza di progetto, la modifica più significativa apportata con il Correttivo ha riguardato la riscrittura integrale dell'art. 193, relativo all'affidamento di queste operazioni. Si è deciso di meglio articolare la procedura di affidamento di concessioni o altri partenariati su iniziativa privata, con l'intento di valorizzare il ruolo propositivo degli operatori economici e introducendo una fase di valutazione delle proposte più trasparente e strutturata.

Sempre con l'intento di incentivare il ricorso al PPP, il nuovo articolo 193 apre alla possibilità, per l'operatore economico, di poter presentare proposte anche per interventi non inclusi nella programmazione del partenariato, purché corredate da un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato e l'indicazione dei requisiti del promotore. Riguardo alla maggiore trasparenza, di cui si è detto, adesso l'ente concedente è tenuto a pubblicare gli esiti della valutazione nella sezione “Amministrazione trasparente” del proprio sito istituzionale⁴⁸.

L'articolo 193 nel disciplinare l'affidamento dell'operazione, distingue due principali modalità, a iniziativa privata, alternative alla procedura a iniziativa pubblica prevista dagli artt. 182 e ss. del

⁴⁶ Cfr., da ultimo, Cons. St., sez. V, ord. 7 giugno 2023, n. 5615, con cui è stata rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE: «se l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto europeo e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo».

⁴⁷ In merito all'art. 48 del decreto (Modifiche all'articolo 193 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36), la Relazione riporta che “la procedura di affidamento della realizzazione in concessione di lavori o servizi mediante lo strumento della finanza di progetto quale particolare modalità di finanziamento delle concessioni. L'istituto del *project financing*, che ha assunto un ruolo di crescente importanza nell'ordinamento interno, offrendo una via di fuga rispetto alla dicotomia tra finanziamento delle opere a totale carico dell'amministrazione o ricorso esclusivo al mercato...”.

⁴⁸ L'articolo 225-bis, anch'esso oggetto del Correttivo, stabilisce che le nuove disposizioni dell'art. 193 non si applicano ai procedimenti di finanza di progetto già in corso alla data del 31 dicembre 2024.

Codice. In quest'ultima ipotesi, infatti, è l'amministrazione concedente a porre a base di gara un progetto di fattibilità proprio.

Le due tipologie si differenziano in relazione all'origine della proposta. La prima, regolata dai commi 2-7, riguarda le proposte pervenute direttamente dal soggetto privato promotore, che possono essere presentate anche per interventi non inclusi nella programmazione triennale del partenariato pubblico-privato. La seconda, disciplinata dai commi 16 e 17, concerne invece le proposte sollecitate dall'Amministrazione concedente, mediante avviso pubblico, e riferite a progetti già inseriti nella programmazione.

Per i casi in cui il promotore dell'operazione è un privato, il comma 2 codifica una prassi già frequente, prevedendo la possibilità per l'operatore economico di presentare una manifestazione di interesse preliminare, insieme alla richiesta di ulteriori informazioni utili per predisporre la proposta. Nel caso in cui l'Amministrazione riconosca un interesse pubblico alla realizzazione dell'iniziativa, continua le interlocuzioni con il richiedente e pubblica le informazioni nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale. Così facendo il legislatore ha voluto evitare le asimmetrie informative e agevolare la concorrenza tra operatori economici, che possono elaborare e presentare proposte concorrenti.

Sempre in merito alla proposta promossa dalla parte privata, i commi 3, 4 e 5 dell'art. 193 ne disciplinano in modo puntuale i contenuti. Infatti, questa deve includere un progetto di fattibilità redatto secondo le modalità semplificate previste dall'art. 6-bis dell'Allegato I.7, nonché l'indicazione dei requisiti generali e specifici del promotore.

Una volta che la proposta è pubblicata nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'Ente concedente, questo è tenuto a fissare un termine entro il quale altri operatori economici possono presentare proposte alternative relative al medesimo intervento.

L'Amministrazione svolge una valutazione comparativa fondata su criteri che considerino la fattibilità tecnica ed economica delle proposte e la loro coerenza con i fabbisogni, all'esito della quale individua una o più proposte da qualificare come di pubblico interesse (art.193, commi 5 e 6).

Una volta identificate le proposte rilevanti, l'Amministrazione comunica ai soggetti interessati le proposte selezionate e, se necessario, invita i promotori a integrare o modificare il progetto di fattibilità, il PEF e la bozza di convenzione, al fine di renderli idonei all'approvazione. Resta ferma la possibilità per l'Ente di indire una conferenza di servizi preliminare, ai sensi dell'art. 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Con il Correttivo è stata proceduralizzata l'individuazione del promotore, cui può essere riconosciuto il diritto di prelazione, nella successiva fase di gara per l'affidamento della concessione. In un primo momento si punta all'ottenimento di una o più proposte di pubblico interesse; successivamente si seleziona il progetto di fattibilità da approvare e da porre a base della procedura di gara.

Con riferimento ai criteri che devono orientare la valutazione dell'amministrazione concedente, la giurisprudenza aveva ben identificato già prima del d. lgs. n. 209/2024, i principi della valutazione, che si caratterizza per un'ampia discrezionalità amministrativa, "in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore"⁴⁹.

Nonostante non sia propriamente soggetta ai principi dell'evidenza pubblica, tale fase deve comunque essere retta dai principi generali dell'attività amministrativa, in *primis* pubblicità e trasparenza, nonché di non discriminazione e di parità di trattamento tra tutti gli operatori economici.⁵⁰ Una rilevante innovazione procedurale è stata introdotta con il comma 7 dell'art. 193. Infatti, si dispone che il progetto di fattibilità, una volta selezionato, debba essere integrato con gli ulteriori

⁴⁹ Cons. St, Sez. V, 26 maggio 2023, n. 5184.

⁵⁰ Cons. St, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.

elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'Allegato I.7, relativo ai contenuti del progetto di fattibilità tecnico-economica. Una volta approvato, il progetto "completo" può essere inserito tra gli strumenti di programmazione dell'Ente, consolidando la rilevanza pubblica.

Quando la proposta progettuale formulata dal soggetto privato è sollecitata dalla parte pubblica⁵¹, i commi 16 e 17 dell'art. 193 stabiliscono che l'Amministrazione debba pubblicare un avviso pubblico volto a sollecitare la presentazione, entro un termine non inferiore a sessanta giorni, di proposte progettuali conformi ai requisiti indicati al comma 3 del medesimo articolo.

La normativa dimostra il suo carattere proconcorrenziale almeno in due elementi. In primo luogo, gli operatori economici interessati a rispondere all'avviso pubblico possono richiedere all'Amministrazione informazioni al fine di poter fare la propria proposta progettuale. In secondo luogo, tutte le integrazioni documentali non solo vengono trasmesse al richiedente ma pubblicate nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale, in ossequio ai principi di parità di trattamento e trasparenza.

Una volta che il progetto di fattibilità è stato selezionato all'esito della valutazione comparativa e successivamente approvato dall'Ente è posto a base di gara, nel rispetto delle tempistiche previste dagli strumenti di programmazione (art. 193, comma 8), si apre la fase della procedura a evidenza pubblica finalizzata all'individuazione del concessionario, sia per le proposte spontanee del soggetto privato, sia per quelle sollecitate dall'Amministrazione. L'art. 193, come riformulato dal Correttivo, aveva l'ambizione di offrire una risposta a tali criticità. Tuttavia, come si è visto, questa soluzione si è rivelata un mero palliativo procedurale. L'illusione di aver trovato un punto di equilibrio tra l'apertura al mercato e il riconoscimento di un incentivo all'iniziativa privata è definitivamente tramontata con l'intervento della Commissione Europea. La procedura di infrazione INFR(2018)2273, riattivata nell'ottobre 2025, ha certificato che la trasparenza iniziale non è sufficiente a sanare la distorsione concorrenziale a valle, al momento dell'esercizio della prelazione.

6. La tutela del proponente: il diritto di prelazione

Il bando di gara deve prevedere la possibilità per il promotore o per il proponente - il soggetto autore del progetto approvato ma non aggiudicatario - di esercitare il diritto di prelazione (comma 9). Questo diritto, oggi esteso anche ai proponenti e non più riservato esclusivamente ai promotori, può essere esercitato entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, secondo le modalità stabilite dal comma 12. L'esercizio della prelazione consente al promotore o al proponente di subentrare all'aggiudicatario, assumendo l'affidamento alle medesime condizioni economiche e contrattuali da quest'ultimo offerte. In tal caso, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese documentate e sostenute per la predisposizione dell'offerta, entro il limite massimo del 2,5% del valore dell'investimento, come risultante dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Qualora, invece, il promotore o il proponente non eserciti il diritto di prelazione, sarà l'aggiudicatario a dover corrispondere, nei medesimi limiti, le spese sostenute dal promotore o dal proponente per la predisposizione della proposta progettuale. Con specifico riferimento all'istituto del diritto di prelazione, il Consiglio di Stato, Sezione V, con ordinanza del 25 novembre 2024, n. 9449, ha sollevato una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. I giudici di Palazzo Spada si sono interrogati circa la conformità della normativa nazionale di cui all'articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 con i principi di libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, sancite dagli articoli 49 e 56 del TFUE. Tale valutazione è stata condotta anche alla luce dei principi generali quali la proporzionalità, la buona amministrazione e l'efficienza. Inoltre, è stato richiesto di chiarire se la direttiva 2006/123/CE risulti applicabile e se, in tal caso, il suo articolo 12 possa costituire un ostacolo alla legittimità della disciplina nazionale in esame. Nell'ordinanza si evidenzia come l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE non vieti in modo esplicito l'introduzione di

⁵¹ Metodica ritenuta virtuosa nella delibera ANAC n. 219/2021, *Partenariato pubblico-privato - risultanze emerse nel corso dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità nel 2020 - analisi*.

meccanismi di prelazione nel mercato interno, quanto piuttosto l'adozione di sistemi non concorrenziali relativamente a risorse scarse, salvo che ricorrano motivi imperativi di interesse generale. Per questo, una normativa nazionale che, pur producendo effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento e sulla prestazione dei servizi, persegua obiettivi di interesse generale, può risultare giustificata se proporzionata, idonea al raggiungimento dello scopo e non eccedente rispetto a quanto necessario⁵².

Il Consiglio di Stato riconosce che l'istituto della prelazione, garantisce l'iniziativa privata nella realizzazione di opere pubbliche, configurandosi anche come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) e una forma di cooperazione pubblico-privato idonea a promuovere l'efficienza amministrativa, l'innovazione e il buon andamento dell'azione pubblica (art. 97 Cost.). Tuttavia, con la sentenza del 5 febbraio 2026, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha bocciato questa prospettiva. I giudici hanno statuito che l'efficienza amministrativa e la sussidiarietà orizzontale non costituiscono motivi idonei a giustificare una deroga alla libertà di stabilimento e alla parità di trattamento. In questo senso, il dispositivo della pronuncia dichiara che il diritto dell'Unione «osta a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese che l'aggiudicatario iniziale ha sostenuto per preparare la sua offerta».

Stante questi profili, l'ordinanza del Consiglio evidenziava già come tale strumento potesse risultare sproporzionato e inadatto a garantire il miglior esito della procedura. Suggestiscono i giudici di Palazzo Spada che l'iniziativa del promotore può essere salvaguardata anche con strumenti meno impattanti sulla concorrenza, ossia punteggi premiali o procedure flessibili come il dialogo competitivo, particolarmente utili nei casi in cui l'Amministrazione non sia in grado di definire ex ante le modalità più idonee per soddisfare le proprie esigenze.

Il riconoscimento di eventuali premialità in sede di gara può tuttavia avere esiti critici, potendo condurre all'aggiudicazione della commessa al promotore anche in assenza della migliore offerta tecnica ed economica. Ciò determinerebbe un'assegnazione non conforme ai principi di concorrenza e di massima valorizzazione dell'interesse pubblico, compromettendo la realizzazione dell'opera alle condizioni più vantaggiose emerse dal confronto competitivo⁵³.

Il diritto di prelazione nel contesto del *project financing* ha subito un'importante evoluzione normativa, passando dalla disciplina del previgente d.lgs. n. 50/2016 (art. 183) all'art. 193 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Sebbene inizialmente l'impostazione fosse analoga, le modifiche introdotte dal "Correttivo" hanno segnato un tentativo di superamento, mirato a rafforzare la conformità dell'istituto alla normativa europea. L'obiettivo è stato quello di bilanciare l'esigenza di incentivare il ricorso alla finanza di progetto, dove il diritto di prelazione riveste un ruolo cruciale, con la necessità di garantire un adeguato livello di concorrenza, principio particolarmente tutelato dal Giudice europeo.

La differenza di impostazione tra la disciplina precedente e quella modificata emerge chiaramente dall'ordinanza di Palazzo Spada, la quale ha evidenziato i potenziali effetti anticoncorrenziali del diritto di prelazione nella sua formulazione originaria. Sarebbe tuttavia un grave errore prospettico ritenere, come inizialmente auspicato dal legislatore, tali criticità non più riscontrabili nella versione aggiornata dell'art. 193. Sebbene il nuovo meccanismo assicuri una maggiore trasparenza iniziale

⁵² CGUE, 22 novembre 2018, causa C-625/17; 15 settembre 2011, causa C-347/09. In sostanza, nella causa C-625/17 la Corte afferma che la normativa austriaca non rende meno attrattivo l'esercizio della libera prestazione dei servizi "Ne consegue che una normativa nazionale, come quella contestata nel procedimento principale, non è tale da rendere meno attrattivo l'esercizio della libera prestazione dei servizi".

⁵³ M. CLARICH, A. NARDI, *Una decisione che può segnare la fine del modello del project financing*, nota a Cons. Stato, Sez. V, ord. 25 novembre 2024, n. 9449, in Guida al Diritto - Il Sole 24 Ore, n. 5 del 15 febbraio 2025, p. 94.

riguardo alla posizione del promotore, esso non disinnesci in alcun modo il vantaggio competitivo e l'effetto dissuasivo che si cristallizzano a valle, al momento dell'aggiudicazione.

Successivamente all'ordinanza del Consiglio di Stato del 25 novembre 2024 e in concomitanza con l'entrata in vigore del Correttivo, anche l'AGCM, con la segnalazione AS2045 del 20 dicembre 2024⁵⁴ indirizzata al Governo in vista della predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, ha rimarcato il peculiare vantaggio competitivo che il *project financing* a iniziativa privata conferisce al promotore. Quest'ultimo, infatti, può beneficiare del diritto di prelazione anche qualora non risulti aggiudicatario della gara relativa alla progettualità proposta. L'Autorità ha inoltre enfatizzato come la prima fase del procedimento sia caratterizzata da un'ampia discrezionalità amministrativa, la quale deve essere esercitata nel rispetto del principio di ragionevolezza e senza compromettere il confronto competitivo.

Sia il Consiglio di Stato che l'Antitrust hanno dunque evidenziato un problema di trasparenza e di garanzie procedurali nella disciplina previgente. L'art. 193, come riformulato dal Correttivo, sembrava offrire una risposta a tali criticità⁵⁵, introducendo una procedimentalizzazione della fase antecedente alla gara. Ma questa procedimentalizzazione si è rivelata una mera illusione ottica agli occhi dell'Europa. La conferma definitiva è giunta nell'ottobre del 2025, quando la Commissione Europea ha inviato allo Stato italiano una terza lettera complementare di costituzione in mora (procedura di infrazione INFR(2018)2273), contestando esplicitamente l'inidoneità del Correttivo. Bruxelles ha certificato che l'incremento di trasparenza a monte non cura l'intollerabile alterazione della concorrenza generata dalla prelazione a valle, imponendo al legislatore nazionale un radicale ripensamento dell'istituto.

7. Conclusione: tra diffusione e miglioramento

Il PPP costituisce una cooperazione tra soggetti pubblici e operatori economici privati caratterizzata da relazione flessibile, orientata al perseguimento di un obiettivo condiviso. Tale modello collaborativo, per sua natura complesso, presuppone, per il successo dell'operazione, di una Pubblica Amministrazione dotata di elevata qualità istituzionale e gestionale, capace di instaurare un dialogo efficace con la controparte privata⁵⁶.

In effetti, una delle principali criticità che hanno limitato lo sviluppo del PPP nell'ampio insieme degli investimenti pubblici è stata rilevata dal Consiglio di Stato nella "frammentazione e scarsa specializzazione delle amministrazioni aggiudicatrici"⁵⁷. In considerazione di tale problematica si colloca la disposizione dell'art. 174, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui i contratti di partenariato possono essere stipulati esclusivamente da enti concedenti qualificati, come previsto dall'art. 63 del medesimo Codice⁵⁸.

Le Amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle loro funzioni di indirizzo, coordinamento, vigilanza e controllo, sono chiamate a interfacciarsi con gli operatori economici non solo sul piano strettamente giuridico, ma anche su quello tecnico-economico. Tale interazione richiede la disponibilità di strutture adeguate e di un *know-how* specialistico interno.

Già durante il periodo di vigenza del D.lgs. n. 50/2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva evidenziato questa esigenza. Nello specifico, le Linee guida ANAC n. 9 relative al monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici nei contratti di Partenariato Pubblico-Privato, unitamente alla Delibera

⁵⁴ La Segnalazione è consultabile sul sito dell'Autorità al seguente link, [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=81.126.91.44:8080/C12563290035806C/0/254FF41C07D0CC87C1258C060035F72B/\\$File/AS2045.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=81.126.91.44:8080/C12563290035806C/0/254FF41C07D0CC87C1258C060035F72B/$File/AS2045.pdf).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Cfr. A. MALTONI, *Considerazioni introduttive*, in M. ANTONIOLI, A. MALTONI (a cura di), *Le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 4.

⁵⁷ Relazione del Consiglio di Stato sullo "Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici", cit.

⁵⁸ Sul tema si vedano, il parere ANAC n. 9 del 28 febbraio 2024 e l'ordinanza del TAR Campania, Salerno, Sez. I, 22 novembre 2024, n. 453.

ANAC n. 219 del 2021, sottolineavano la necessità per le Amministrazioni di dotarsi di figure professionali con approccio multidisciplinare e di strutture dedicate a tale scopo.

Le operazioni di partenariato, in particolare, impongono alle Amministrazioni la capacità di esercitare in maniera avveduta il potere discrezionale e di condurre valutazioni tecniche complesse.

Questo requisito si estende dalla fase preliminare, concernente la verifica dell'interesse pubblico sotteso alla proposta del promotore, fino alla fase esecutiva, nella quale può rendersi necessario intervenire per ripristinare l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione.

Per assolvere a tale compito, non privo di complessità, è indispensabile la costituzione di strutture amministrative proattive. Tali strutture devono essere in grado di esercitare la propria discrezionalità in modo efficiente ed efficace, in piena coerenza con il principio del risultato, cardine su cui si fonda l'intera architettura codicistica.

Dall'analisi dell'evoluzione normativa del PPP, dalla sua importanza strategica nel PNRR fino alle innovazioni sulla finanza di progetto, emerge con chiarezza che il successo di questo modello non risiede solo nella perfezione formale delle regole. Un esempio emblematico di questa complessità è il tentativo di riforma del diritto di prelazione operata dal Correttivo. Cercando di superare un modello che la giurisprudenza e l'Antitrust avevano giudicato potenzialmente anticoncorrenziale, il legislatore ha introdotto una procedura comparativa a monte, che tuttavia si è scontrata con l'intransigenza del diritto europeo. L'intervento della Corte di Giustizia e della Commissione Europea ha dimostrato che non vi può essere alcun bilanciamento tra l'attrazione di capitali privati e la tutela della concorrenza se quest'ultima viene sistematicamente sacrificata a valle della procedura.

Tuttavia, proprio la crisi di questa impalcatura normativa rende evidente come sia condizione imprescindibile la presenza di una Pubblica Amministrazione dotata di elevata qualità e capacità. Di fronte all'immediato obbligo di disapplicazione della prelazione (in ossequio alla sentenza *Urban Vision*) e in attesa di un'inevitabile riforma dettata da Bruxelles, le stazioni appaltanti dovranno governare una fase di profonda incertezza. Il futuro del PPP passerà per l'adozione di meccanismi premiali compatibili (come il sistema di punteggi "alla cilena") e per la difesa del rimborso delle spese progettuali, unico incentivo indennitario superstite. Sarà quindi cruciale monitorare l'effettiva implementazione del sistema di qualificazione e sostenere questo cambiamento con investimenti mirati sulle strutture e sul personale, per tradurre questa transizione obbligata in crescita tangibile per il Paese.